

# 使用許諾されたソフトウェアを管理するソフトウェアの 改変行為と著作権侵害

東京地裁平成19年3月16日判決  
平成17年(ワ)23419号 損害賠償等請求事件

大瀬戸 豪 志\*  
岩崎 浩 平\*\*

**抄録** 本件は、フローティング型契約の下で使用許諾された三次元的な作図等に関するソフトウェアの著作権侵害が認められた事案である。本件ソフトウェアは、数多くのモジュールと使用許諾されたモジュールを管理するファイル（DIIファイル）とから成るものである。被告の従業員は、本件ソフトウェアのDIIファイルを改変し、それにより本件ソフトウェアのモジュールの全部を使用できるようにした。これに対し、原告が著作権侵害に基づく損害賠償と本件ソフトウェアの使用差止めを求める訴訟を提起したところ、裁判所は、原告の請求を一部認容し、16億円弱の損害賠償と使用差止めを認めた。本判決における翻案権及び複製権侵害の判示内容には、いくつかの問題点があるが、ソフトウェアの著作権侵害及びそれに基づく損害賠償額の認定は、実務上大いに参考になる。

## 目次

1. 事案の概要
  - 1.1 当事者
  - 1.2 Xの著作権等
  - 1.3 本件ソフトウェアの使用許諾契約
  - 1.4 使用許諾の管理方法
  - 1.5 本件ソフトウェアの改変
  - 1.6 XのYに対する請求
2. 判旨（差止請求認容、損害賠償請求一部認容）
3. 考察
  - 3.1 ソフトウェアの改変と著作権侵害
  - 3.2 翻案権侵害について
  - 3.3 複製権侵害について
  - 3.4 損害額の算定について
4. 実務上の留意点
  - 4.1 コンプライアンス体制の整備と損害賠償額
  - 4.2 本件改変行為の内容

## 1. 事案の概要

### 1.1 当事者

X（原告）は、1981年に設立されたフランスのソフトウェアメーカーであり、設立以来、製品設計や開発を最適化するための三次元的な作図に関するソフトウェアである「CATIA」、[ENOVIA]、[DELMIA]を開発、販売しており、最近では、デジタルモックアップ、すなわち、コンピュータ画面上で三次元的に模型を作成する技術を用い、製品の設計から製造までをサポートすることができるソフトウェアを開発、販売している。

\* 甲南大学法科大学院教授 弁護士  
Takashi OSETO

\*\* 弁護士 Kohei IWASAKI

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

Y（被告）は、デザインモデル等の製作会社であり、自動車産業、電気産業、情報産業等の様々な業種の企業にデザインモックアップ試作品を提供しており、取引先から3D設計データを手に入れ、本件のソフトウェアを用いてデータを加工し、切削加工機、光造形機、射出成形機、3D計測器などに入力して、様々なデザインモックアップ試作品を製作している。

## 1. 2 Xの著作権等

Xは、その開発に係るデジタルモックアップのソフトウェアの1つである「CATIA V5R13」という名称のソフトウェア（以下、「本件ソフトウェア」という。）について著作権を有する（なお、ベルヌ条約加盟国であるフランス法人Xによって創作された本件ソフトウェアは、日本の著作権法による保護を受けるものである（著作権法6条3号））。

本件ソフトウェアは、三次元的な作図等に関する数多くのモジュールと、使用許諾されたモジュールを管理するファイル（以下、「本件DIIファイル」という。）とから成るものであり、日本においては、日本アイ・ビー・エム株式会社（以下、「IBM」という。）を通じて、そのライセンスの販売が行われている。

## 1. 3 本件ソフトウェアの使用許諾契約

Yは、平成17年4月までに、IBMとの間で、YのStudio内の「CADセンター」における本件ソフトウェアの使用に関し、概ね以下のような内容の契約（以下、「本件使用許諾契約」という。）を締結した。

### ① 使用可能台数

同時に使用可能なコンピュータは12台とする（フローティング型契約）。

### ② 使用可能プログラム

合計14本（内1本は、本件ソフトウェアに含まれるものではない）。

### ③ 基本ライセンス料

合計 4611万0200円

### ④ 年間ライセンス料

合計 647万8300円

## 1. 4 使用許諾の管理方法

本件ソフトウェアは、その全体が各コンピュータのハードディスクにインストールされるが、本件ソフトウェアを使用するためには、複数のアルファベット又は数字から成るライセンスキーが必要である。フローティング型の契約の場合には、使用する複数のコンピュータを管理するサーバに、当該ライセンスキーを入力することにより、使用許諾されたモジュール及び使用環境等が設定される。

具体的には、本件DIIファイルは、本件ソフトウェアが使用される前に、毎回、License Use Managementと呼ばれるプログラム（以下、「LUMプログラム」という。）で設定されている使用許諾に関する情報を確認し、それを基に、許諾された範囲内でモジュールを使用可能にし、その使用環境を設定する機能を有している。

コンピュータの一次記憶装置上の容量は限られていることから、使用許諾されていないモジュールが当該一次記憶装置上に読み出されることはない。

LUMプログラムは、IBMにより提供されているが、本件DIIファイルは、本件ソフトウェアの一部である。

## 1. 5 本件ソフトウェアの改変

Yの従業員は、遅くとも平成17年6月16日に行われた証拠保全期日までに、本判決別紙コンピュータ目録1の7台のコンピュータにインストールされている本件ソフトウェアにつき、本判決別紙改変方法に記載した方法により、本件DIIファイルを改変した。さらに、本判決別紙コンピュータ目録2の4台のコンピュータにイ

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

インストールされている本件ソフトウェアについても、Yの従業員は、遅くとも平成17年6月16日に行われた証拠保全期日までに、本判決別紙改変方法に記載した方法により、本件DIIファイルを改変した（以下、これらの改変行為を併せて、「本件改変行為」という。）。なお、被告は、本件ソフトウェアを、サーバによってコントロールされることなく、そのすべての機能を使用することができるように改変するために用いられるソフトウェア（以下、「本件クラックソフト」という。）により本件DIIファイルの改変行為を行ったようであるが、本判決では別紙改変方法が伏字にされているので、その詳細は不明である。

本件改変行為の結果、11台の各コンピュータでは、すべてのモジュールを使用できるようになった。さらに、11台の各コンピュータで、本件ソフトウェアを同時に使用できる状態となった。被告は、本件改変行為により本件DIIファイルの機能に変更を加えた後の本件ソフトウェアをコンピュータにおいて立ち上げている。この場合、本件ソフトウェアのモジュールが自動的に当該コンピュータに読み出され、RAM等の一時記憶装置に蓄積され、使用できる状態に置かれる（以下、この読み出しを「本件読み出し行為」という。）。

## 1. 6 XのYに対する請求

以上のような事実関係の下で、Xが、本件改変行為は本件ソフトウェアの翻案権侵害、複製権侵害又は権利管理情報の改変行為（著作権法113条3項2号。この点について本判決は何も触れていない。）に該当するところ、Yの従業員はXの著作権を侵害することとなることを知りながら本件改変行為を行ったものであり、また、本件改変行為はYの事業の執行についてなされたものであるから、Yには、民法715条1項に基づき、本件改変行為により原告に生じた

損害を賠償する義務があると主張して、Yに対し、著作権法112条1項及び2項に基づく上記改変されたプログラム等の使用差止め及び廃棄並びに不法行為（民法715条）に基づく損害金及び遅延損害金の支払いを求めたのが本件である。なお、本件は、和解で終結している。

## 2. 判旨（差止請求認容、損害賠償請求一部認容）

(i) (翻案権侵害該当性)「本件ソフトウェアは、三次元な作図等に関する数多くのモジュールと、使用許諾されたモジュールを管理する本件DIIファイルとから成り、本件ソフトウェア中の本件DIIファイルが毎回LUMプログラムで設定されている使用許諾に関する情報を確認し、それを基に、許諾された範囲内でモジュールを使用可能にし、その使用環境を設定する機能を有していたところ、本件ソフトウェア中の本件DIIファイルにつき別紙改変方法に記載した方法により改変をした本件改変行為により、本件改変行為がされた11台の各コンピュータですべてのモジュールを使用でき、かつ、本件ソフトウェアを同時に使用できるようになったものであるから、本件改変行為は、本件ソフトウェア全体に対する翻案権侵害に当たると認められる。」

(ii) (他の法律構成の可能性について)「なお、以上のとおり、本件ソフトウェア全体についての翻案権侵害が成立するが、本件ソフトウェアを構成する各モジュールを基準に考えれば、本件改変行為により、本件ソフトウェア中の使用許諾を受けていないモジュールにつき、ハードディスクへの複製行為があったと考えることも可能である。」

すなわち、…本件ソフトウェアは、その全体が各コンピュータのハードディスクにインストールされるが、それは、あくまで本件DIIファイル及びLUMプログラムにより使用が制限さ

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

れた状態でインストールされていたにすぎなかったところ、…本件改変行為により、使用許諾されていないモジュールは、使用が制限されない状態で各コンピュータのハードディスク内に存在することになったものである。

これを実質的に観察すれば、使用が制限された状態でインストールされていたモジュールをアンインストールし、使用が制限されない状態のモジュールを新たにコンピュータのハードディスクにインストールしたことと同視することができるから、本件改変行為により、本件ソフトウェア中の使用許諾を受けていないモジュールにつき、ハードディスクへの複製行為があったと考えることができる。」

(iii) (損害額についての基本的な考え方) 「Yは、本件改変行為により、本件使用許諾契約で使用許諾された範囲を超えて、11台の各コンピュータで、すべてのモジュールを使用でき、かつ、本件ソフトウェアを同時に使用できるようにしたものであるから、著作権法114条3項の適用による損害額は、11台につき使用可能となった本件ソフトウェア全体の使用許諾料相当額を算定し、それから本件使用許諾契約に基づく支払額を控除して算定すべきである。」

(損害額) 「基本ライセンス料は1億2673万3500円となり、年間ライセンス料は1521万1000円となり、その合計額は1億4194万4500円となる。…その11台分は、15億6138万9500円となる。…YがIBMに対し、本件使用許諾契約に基づき支払った…基本ライセンス料及び年間ライセンス料の合計額は、5157万4500円である。この額の12分の11を差し引くと15億1411万2875円となる。」 「本件改変行為と相当因果関係を有する弁護士費用としては、本件事案の内容、性質、訴訟経緯等一切の事情を総合すると、前記…の損害額の5%程度である7500万円をもって相当と認める。…よって、損害額は、15億8911万2875円となる。」

## 3. 考 察

### 3.1 ソフトウェアの改変と著作権侵害

本件は、フローティング型契約（複数のコンピュータ上に同一のソフトウェアをインストールし、それぞれのコンピュータでそのソフトウェアの使用を許諾する契約）により使用許諾されたソフトウェア（モジュール）を管理するソフトウェア（DLLファイル）<sup>1)</sup>を改変した事案である。すなわち、使用許諾されたソフトウェア（モジュール）自体の改変の事案ではなく、また、X Y間に直接の使用許諾契約関係がなかったため、契約違反の問題としてではなく、著作権侵害の問題として処理されている。

### 3.2 翻案権侵害について

判旨(i)における問題点は、本件クラックソフトによる本件DLLファイルの改変が、判旨のように、本件ソフトウェア全体の翻案に該当するといえるかどうかである。「翻案とは、既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作する行為をいう。」(最高裁平成13年6月28日判決—江差追分事件)。この判示は、言語の著作物についてされたものであるが、本件のようなソフトウェアないしプログラムの著作物についても妥当する。判旨(i)には明示されていないが、本判決における翻案の考え方も、基本的にはこの最高裁判決の見解に従うものである。すなわち、本判決は、「本件ソフトウェアは、本件改変行為の前後で、本件DLLファイルを除く数多くのモジュールの部分で共通であり、本件改変行為後も本件ソフトウェアの表現

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

上の本質的な特徴の同一性を維持し、これに接する者が本件ソフトウェアの表現上の本質的な特徴を直接感得することができる」と認められる」と述べている。

しかしながら、上記最高裁判決に従って判旨(i)のような翻案権侵害という結論を導くためには、本件改変行為が、本件ソフトウェアの「具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現する」ものでなければならない。ソフトウェア(プログラム)の著作物に係る著作権侵害訴訟において、原告のソフトウェア(プログラム)の「具体的表現に修正、増減、変更等を加え」られているかどうかは、通常、原告のソフトウェア(プログラム)のソースコードと被告のソフトウェア(プログラム)のソースコードの比較によって判断される<sup>2)</sup>。ところが、本判決では、上述のごとく、「別紙改変方法」がすべて伏字にされているので、これを外から知ることができない。それゆえにまた、本件改変行為が、「新たに思想又は感情を創作的に表現する」ものであるかどうか、換言すれば、本件改変行為によってもたらされたものが「創作性」を有するかどうかという点についても、これを確認することができない。以下において判旨(i)の考察をさらに進めるが、このような事情があるため、ある程度推測を混じえざるを得ないことを予め指摘しておきたい。

上述のごとく、判旨(i)は、本件クラックソフトによる本件DIIファイルの改変が本件ソフトウェア全体の翻案に該当するものとみているのであるが、この点については、2段の考察を必要とする。第1に、本件クラックソフトによる本件DIIファイルの改変の評価であり、第2に、本件DIIファイルの改変と本件ソフトウェア全体との関係である。

第1段から検討すると、「クラックソフト」とは、コピープロテクトを破壊したり、期間限

定の体験版ソフトウェアの期間限定をはずして使用できるようにしたり、使用制限つきのもので使用制限を無効にして、使用制限のないものと同じ動作環境にしたりするようなソフトウェアを指す。本件クラックソフトも、最後に挙げられたようなソフトウェアの一種であったものと推測される。本件クラックソフトによる本件DIIファイルの本件改変行為について、Yは、「無個性な行為であり、作成者の何らの個性も発揮されていない事実を作出するに過ぎない行為である」と主張している。この主張は、創作性を「個性」と捉える通説<sup>3)</sup>に依拠するものである。これに対し、本判決は、「モジュールの管理・制限態様は、管理・制限を行うか否かの選択だけではなく、行うとしてどのような程度、方法による管理・制限を行うかという選択の余地があるところ、Y従業員は、本件クラックソフトにより本件ファイルを改変するという選択を行ったものであり、何らかの個性が発揮されたものというべきであるから、Yの上記主張は、採用することができない。」と述べている。

本判決のこの見解は、創作性を「表現の選択の幅」で判断するという近時の有力説<sup>4)</sup>を意識したものであろう。この説によれば、表現上、他に選択の余地がないか、きわめて限られている場合には創作性が否定される。これと同様の観点からプログラムの創作性を否定した裁判例として東京地裁平成3年2月27日決定(知裁集23巻1号138頁-IBFファイル事件)がある。同決定は、市販のアプリケーションプログラム等のファイルをハードディスクへ自動的に組み込み、同ファイルをメニュー形式で呼び出したり、管理を行ったりするプログラムの一部を構成する「IBFファイル」というプログラムについて、「IBFファイルの表現は、大部分がMENU・EXEファイル及び組込み対象のアプリケーションプログラム等によって規定されており、選択の余地がないものであり、また、選

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

択の余地があるものも、選択の幅は極めて小さく、その選択によってその表現に創作性が生じるものとは認められず、さらに、IBFファイルの表現を全体的に考察しても、その表現に創作性があるとは認めることはできない。」としている。上記の学説や裁判例において明らかとなり、創作性の判断基準としての「選択の幅」は、「表現」の選択の幅である。

一方、本判決は、前掲のごとく、「本件クラックソフトにより本件DIIファイルを改変するという選択を行ったものであり、何らかの個性が発揮されたものというべきである」とし、本件改変行為によってもたらされたものの創作性（個性の発揮）を肯定している。しかし、ここでは、本件改変行為の結果として作出されたものが具体的にどのようなものであるかということとはもとより、「表現の」選択の幅の大小、あるいは選択の余地の有無等について、一切述べられていない。その点に言及するためには、本件クラックソフトの内容を明示する必要があるが、これを明らかにしたのでは、本件DIIファイルの管理制限機能の無効化手段が公知になってしまうという不都合を考慮したものと思われる（この点については、後記4.2参照）。しかし、表現の選択の幅という観点から、本件クラックソフトによる本件DIIファイルの改変を評価するに当たっては、本件クラックソフトがどのようなものであるかということはきわめて重要である。本件クラックソフトが、自動プログラミングの機能を有するようなものであれば、それによる改変に創作の余地を見出すことができない場合も考えられるからである。その意味で、本件クラックソフトの内容ないし機能に何ら言及することなく、それによる本件DIIファイルの改変に創作性を肯定した本判決の見解には不満が残る。

次に、第2段についてみると、本件DIIファイルの改変は本件ソフトウェアの一部の改変で

あるが、この点について、本判決は、「著作物の一部に改変を加えることによって、当該変更部分だけの複製権〔引用者注：「翻案権」の誤植〕侵害となるだけでなく、著作物全体の翻案権侵害になる場合がある。しかも、…本件ソフトウェアは、…使用が制限された状態から使用が制限されない状態になったものであるから、実質的に見れば、その創作性に変更がないものとはいえない。」と述べている。著作物の一部の改変がその著作物全体の翻案に該当する場合は、本判決の述べる通りであるが、一部の改変であっても、そのような場合に該当するのは、通常、全体として完結した機能の実現に向けられた一個のまとまりのあるソフトウェアの改変であろう。本件の場合、本件ソフトウェアを構成するモジュールと本件DIIファイルとは、それぞれ別個の機能を有する独立のソフトウェアであり、しかも、本件ソフトウェアの本体ともいべきモジュールの部分には変更が加えられておらず、改変されたのは、本件ソフトウェアのいわば付随的部分に過ぎない、モジュールを管理する本件DIIファイルだけである。そのような場合についてまで、無条件で本件ソフトウェア全体の翻案権侵害を肯定する判旨の見解には、多少論理の飛躍があるように思われる。とりわけ、本件ソフトウェアを構成するモジュールと本件DIIファイルの著作権が別人に帰属する場合を想定すると、本判決の論理によれば、改変されていないモジュール部分の著作権者も翻案権侵害を主張することができることになる。

以上の点を留保しつつ、本判決が、あえて本件につき翻案権侵害の構成を採用した事情を推察するに、後述のごとく、本件を複製権侵害として構成することが困難であったことと、その当否は別にして、Xが受けるべき損害賠償額が本件DIIファイルの翻案権侵害のみに基づく損害額ではあまりにも少額になってしまうという

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

ことを考慮したものである。

### 3. 3 複製権侵害について

判旨(ii)は傍論であるが、問題がないわけではない。Yは、フローティング型契約の下で、本件ソフトウェアをハードディスクにインストールした時点で、反復使用可能性のある形態の複製物が作成され、ただ、本件使用許諾契約上その使用が制限されていたとみるべきであるから、本件読み出し行為は、RAM等への一時的蓄積としての性質を有するに過ぎない旨主張している。これを言い換えれば、本件ソフトウェアは、その全体がハードディスクにインストールされており、読み出し行為によりRAM等の一時記憶装置に蓄積され、使用できる状態に置かれるものであるところ、本件改変行為の前後で異なるのは、RAM等への一時的な蓄積の対象が、使用許諾されたモジュールに限られるのか、それともすべてのモジュールかという点だけであって、一時的な蓄積という点ではその前後で何ら変化はないのである。

著作物の複製とは、「有形的に複製すること」をいうが(著作権法2条1項15号)、従来、コンピュータへの一時的蓄積がこの複製に当たるか否かが問題とされてきた。最近では、条件付でこれを肯定する見解が増える傾向にあるが<sup>5)</sup>、かつては、コンピュータへの一時的蓄積は瞬間的・過渡的なものに過ぎないと理由でこれを否定するのが大勢であった<sup>6)</sup>。東京地裁平成12年5月16日判決(判時1751号128頁—スターデジオ事件)は、明瞭に以下のように述べている。「RAM(ランダム・アクセス・メモリー)とは、コンピュータにおける作業データ等を保存する集積回路であり、一般に『メモリ』と称されるものである。通常、コンピュータ上でデータ等を処理する際には、ハードディスク等のファイルからデータ等がRAMに移され、作業時にはコンピュータの中央演算処理ユニット(CPU)

によってRAM上のデータ等が処理され、処理が終了してファイルが閉じられると右データ等はRAMから元のハードディスク等に再び移されることになる。このように、RAMにおけるデータ等の蓄積は、一般に、コンピュータ上での処理作業のためその間に限って行われるものであり、また、RAMにおけるデータ等の保持には通電状態にあることが必要とされ、コンピュータの電源が切れるとRAM内のデータはすべて失われることになる。」「著作権法上の『複製』、すなわち『有形的な複製』に当たるというためには、将来反復して使用される可能性のある形態の複製物を作成するものであることが必要であると解すべきところ、RAMにおけるデータ等の蓄積は、前記…のとおり一時的・過渡的な性質を有するものであるから、RAM上の蓄積物が将来反復して使用される可能性のある形態の複製物といえないことは、社会通念に照らし明らかとすべきであり、したがって、RAMにおけるデータ等の蓄積は、著作権法上の『複製』には当たらないものといえる。」

本判決が、本件読み出し行為について正面から複製権侵害の判断をしなかったのは、コンピュータのRAM等への一時的蓄積に関するこのような見解の相違を斟酌したものであろう。そのうえで、本判決は、判旨(ii)で、前掲のごとく、「使用が制限された状態でインストールされていたモジュールをアンインストールし、使用が制限されない状態のモジュールを新たにコンピュータのハードディスクにインストールしたことと同視することができるから、本件改変行為により、本件ソフトウェア中の使用許諾を受けていないモジュールにつき、ハードディスクへの複製行為があったと考えることができる。」と判断したものと推測される。しかしながら、本件では、上述のごとく、コンピュータのハードディスクにインストールされている本件ソフトウェアのモジュールには、本件改変行

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

為によっても変化はないのであるから、判旨(ii)のような考え方は、擬制的に過ぎるのではなからうか。むしろ、最近の傾向に従って、本件についても端的に、RAMへの一時的蓄積は複製に該当するという方向で検討すべきではなかったかと思われる。

### 3. 4 損害額の算定について

#### (1) 認定額

本判決は、著作権法114条3項の「受けるべき金銭の額に相当する額」(以下、「許諾料相当額」という。)に基づき損害額を算定しているところ、同項は、最低限の損害賠償額を権利者に与えるための民法の特則であると説明されている<sup>7)</sup>。本判決は、本件の損害賠償額の最低額を金15億8911万2875円と算定したことになる。ソフトウェアの著作権侵害の事案において、大阪地裁平成15年10月23日判決(判時1883号104頁—ヘルプデスク事件)や東京地裁平成13年5月16日判決(判時1794号19頁—LEC事件)は、本件と同様に許諾料相当額に基づき損害額を算定しているが(前者の最高額1757万8000円、後者の最高額5597万5600円)、これらの判決が算定した損害額と比べると、本判決が算定した損害額は相当高額である。

#### (2) 許諾料相当額の認定に際して考慮すべき事情

許諾料相当額の認定に際し、裁判所は訴訟当事者間での具体的事情を考慮できると考えられているが<sup>8)</sup>、ここでいう具体的事情の内容は条文上明らかではない。判例には、許諾料相当額について、「侵害行為の対象となった著作物の性質、内容、価値、取引の実情のほか、侵害行為の性質、内容、侵害行為によって侵害者が得た利益、当事者の関係その他の当事者間の具体的な事情をも参酌して認定すべきものと解される」と判示するものがある(前掲・大阪地裁平

成15年10月23日判決—ヘルプデスク事件)。その当否は別にして、裁判所が考慮すべき具体的事情を例示した判例として注目に値する。

#### (3) 侵害品の現実の使用

Yは、許諾料相当額による損害額は、複製権又は翻案権を侵害する行為によって使用可能となり、かつ、現実に使用したモジュールのみについて算定すべきである旨主張している。これに対して、本判決は、「著作権法は、その後の使用の有無を問わず、複製権侵害行為や翻案権侵害行為が行われた時点で著作権侵害行為が成立するとの立場を採っている。さらに、…実際のソフトウェアのライセンス契約も、その後の使用の有無を問わず、ソフトウェアの入った媒体の売買契約やオンラインでのダウンロードの行われた時点で代金額が確定するものであり、使用の都度、時間等に応じて課金されるものはごく少数であると認められる。」とし、Yの上記主張を排斥した。本判決は、著作権法の立場を明示するとともに、実際のソフトウェアのライセンス契約がいかなるものか、という取引の実情を考慮している点で評価できる。確かに、前掲・大阪地裁平成15年10月23日判決(ヘルプデスク事件)の判示に従えば、許諾料相当額の損害額の算定に当たって、侵害行為によって侵害者が得た利益を考慮することも可能であるから、Yの上記主張も全く理由がないわけではない。しかしながら、Yは、翻案権侵害行為によって、使用できないはずのモジュールを事実上使用できる状態に自らを置いたのであり、本判決の判示する取引の実情を前提とする限り、当該状態に置かれているという利益を得たというべきであろう。この意味でも、Yの上記主張は排斥されるべきものと考えられる。

#### (4) 基準となる価格

Yは、許諾料相当額による損害額は、Yがエ



※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

ンドユーザとして支払うべき金額（小売価格）ではなく、Xが受けるべき金額（卸売価格）で算定されるべきである旨主張している。これに対して、本判決は、「原告が現実に行っているライセンスが第三者を介在させたサブライセンスの形態であるとしても、著作権法114条3項の損害の算定は、原告が直接被告とライセンス契約を行う場合を想定して行うことができると解される」ことを理由に、Yの上記主張を排斥し、小売価格によって許諾料相当額を算定している。

本判決が判示するとおり、Xが現実に行っているライセンスが第三者を介在させたサブライセンスの形態であるとするれば、Xは卸売価格を基準として利益を得ているというのが取引の実情であると考えられる。そうすると、小売価格を基準として損害額を算定することは、Xに思わぬ利益を与えることになってしまい、取引の実情に反するとともに、被害者が被った不利益を補填することで不法行為がなかったときの状態に回復させるという不法行為制度の目的（最高裁判所平成9年7月11日判決参照）に反する、との批判も考えられる。しかし、他方で、本件で卸売価格を基準として損害額を算定した場合、Yが適法に取引を行い、IBMに対して小売価格を支払っていた場合と比較して、Yが出捐すべき金額が低くなる可能性がある。これでは、いわゆる「侵害し得」を認めるに等しく、平成12年法律56号の改正時に、旧著作権法114条2項（現著作権法114条3項）において、「通常受けるべき金銭の額に相当する額」から「通常」の文言が削除されたことの意味を失わせかねない。また、上記不法行為制度の目的を無視することはできないとしても、著作権法114条は当該目的を徹底していないのであるから、当該目的に固執する必要はないともいえる。許諾料相当額による損害額の算定に際し、卸売価格と小売価格のいずれを損害額の算定の基準とするか

は困難な問題であるが、前掲・大阪地裁平成15年10月23日判決（ヘルプデスク事件）が、「違法行為を行った被告らとの関係で、適法な取引関係を前提とした場合の価格を基準としなければならない根拠を見出すことはできない。」と判示し、本判決の結論と同様、小売価格を基準とするという結論を明らかにしていることから、判例の流れは小売価格を基準とする方向を向いているように思われる。

#### (5) 支払済みの正規の使用料

Xは、本件改変行為後の本件ソフトウェアは、本件改変行為前のものとは別個のソフトウェアであり、Yが本件改変行為後の本件ソフトウェアを使用した行為は、もはや正規のライセンス契約に基づく当該モジュールの使用とは解されないから、本件改変行為によって使用可能となったモジュールすべての合計金額をもって損害額とすべきである旨主張している。これに対して、本判決は、「全体につき翻案権侵害が成立する場合であっても、原告が受けた被害の実質は、許諾を受けた範囲を超えてすべてのモジュールを使用可能にされたこと」にあり、「損害額の算定は、その実質に即して…行うべきである」から、Xの上記主張は採用できないとし、また、Xが受けた被害の実質が「許諾を受けた範囲を超えてすべてのモジュールを使用可能にされたこと」であるとする理由として、「本件ソフトウェアは、デジタルモックアップという実用目的に供されるもので、一部のモジュールの使用が可能であり、現実にも一部のモジュールごとの使用許諾がされている」と判示する。この判示は、許諾料相当額に基づく損害額の算定において考慮すべき訴訟当事者間の具体的事情として、侵害行為の対象となった著作物の性質及び内容に着目し、「被害の実質」を正面から捉えようとするものであり、許諾料相当額に基づく損害額の算定が規範的に行われる必要が

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

あることを示したものとして評価できる。

## 4. 実務上の留意点

### 4.1 コンプライアンス体制の整備と損害賠償額

本判決は、Yの従業員による本件改変行為に基づく翻案権侵害につき、Yが民法715条1項に基づき損害賠償責任を負うと認定している。同条は、いわゆる使用者責任を定めた規定であり、一般に、利益の存するところ損失も帰するという報償責任を根拠に代位責任を規定したものであると説明されている。使用者が民法715条1項ただし書により免責を認められることは実務上ほとんどないから、本件のように、被用者が著作権侵害行為に及んでしまえば、使用者がコンプライアンス体制の存在を主張立証しても、同項ただし書により免責が認められる可能性は低いといえる。Yはコンプライアンス体制の存在を主張しているが、同項ただし書との関係で主張したわけではない。使用者としては、被用者による本件のような著作権侵害行為を未然に防止すべく、コンプライアンス体制を人的・物的側面から徹底して整備することが不可欠である。費用対効果という面からみても、本件のように、高額な損害賠償額が算定されるおそれがあるソフトウェアの利用に関しては、相当程度の費用を投じて、コンプライアンス体制を整備する意味は十分認められる。

### 4.2 本件改変行為の内容

本件改変行為の内容が訴訟記録の公開（民事訴訟法91条）により第三者に公開された場合、本件改変行為は、Yの主張によると、インターネット上で容易に入手できるクラックソフトと同種のソフトを用いて、極めて容易な操作で一瞬にして終了するものであるから、本件改変行為と同様の行為が多発し、Xが多額の損害を被

るおそれがある。そのため、Xは、本件改変行為に係る訴訟記録について閲覧等の制限の申立て（民事訴訟法92条1項2号）を行う必要があったといえる。

同号にいう「訴訟記録」には、判決書の原本や正本も含まれるところ<sup>9)</sup>、本判決添付の別紙に記載された本件改変行為の内容が伏字とされているのは、裁判所が上記申立てを認めて閲覧等制限決定を出したためではないかと推測される。公開された判決文の一部が伏字ということに関しては、平成19年2月5日ないし同月6日に、最高裁判所ホームページで公開されたある判決文のうち、閲覧等制限決定が出されていた企業情報等に関する部分が黒塗りにされていたが、閲覧者のパソコン操作で閲覧が可能な状態にできてしまったという事件が記憶に新しい。

民事訴訟法91条は、憲法82条が保障する裁判の公開の趣旨を尊重して、訴訟記録の公開を定めているが、この訴訟記録の公開により、当事者が秘密の漏洩を恐れて、秘密事項に関する主張立証を十分に行うことができない事態が生じる可能性がある。民事訴訟法92条は、このような事態を防ぐ趣旨で設けられた例外規定であると説明されている<sup>10)</sup>。同条で保護される秘密は必要最小限のものに限られることが要請され<sup>11)</sup>、個人の秘密の一部（民事訴訟法92条1項1号）と企業秘密のうちの営業秘密（同項2号）に限られている。

同号にいう「営業秘密」とは、「秘密として管理されている生産方法、販売方法その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であって、公然と知られていないもの」であり（不正競争防止法2条6項）、秘密管理、有用性及び非公知性の3つが要件とされている<sup>12)</sup>。ソフトウェアの著作権侵害が関係する訴訟においては、本件のように、企業が、ソフトウェアの改変方法やソースコードの内容といった営業秘密を明らかにせざるを得ない場合が少なくない。

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

このような場合、企業が、その営業秘密を営業秘密として存続させるためには、当該営業秘密が記載された訴状や準備書面、書証を提出すると同時に閲覧等の制限の申立てをすることが不可欠である。また、相手方当事者を法的に拘束する必要がある場合には、秘密保持命令の申立てをすることも考えられる（著作権法114条の6）。もっとも、秘密保持命令については、これを受けた当事者等に対して、当該訴訟の追行に限られない広い範囲で、刑事罰の威嚇の下で行動の制約を課することになるため、真に必要な場合において必要な限度で利用すべきであると説明されており<sup>13)</sup>、現に謙抑的な運用がなされているようである。そこで、相手方当事者と秘密保持契約を締結することで相手方当事者を法的に拘束することも考える必要がある。相手方当事者が同契約の締結を拒むような場合には、裁判所に対して訴訟指揮権の発動を求めることも考える必要がある<sup>14)</sup>。

### 注 記

- 1) 「DII」(Dynamic Link Library)とは、「複数のプログラムで共通に使う関数やデータをひとまとめにし、プログラムを実行するときにこれを呼び出して使うソフトウェア技法、または、その関数やデータを集めたファイルを指す。」「DIIを使うと、複数のプログラムで同じコードを記述する必要がなく、修正の際もDIIファイルを変更するだけでよい。」(日経パソコン用語辞典2007より)。
- 2) この点については、前田郁勝「プログラム著作権侵害訴訟における審理」『新・裁判実務体系22 著作権関係訴訟法』88頁(青林書院・2004年)が実務上参考になる。
- 3) 齊藤博『著作権法(第3版)』75頁(有斐閣・2007年)、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ第2版著作権法・意匠法』16頁(有斐閣・2007年)、半田正夫『著作権法概説(第12版)』73頁(法学書院・2005年)。
- 4) 中山信弘「創作性についての基本的な考え方」著作権研究第28号2頁。

- 5) 加戸守行『著作権法逐条解説(5訂新版)』54頁(著作権情報センター・2006年)、齊藤博・前掲注3)169頁、渋谷達紀・前掲注3)111頁、作花文雄『詳解著作権法(第3版)』692頁(ぎょうせい・2004年)等。
- 6) これについては、作花文雄・前掲注5)692頁が詳しい。
- 7) 加戸守行・前掲注5)678頁、牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務第4巻[著作権法・意匠法]』380頁(新日本法規出版・2007年)。
- 8) 牧野ほか編・前掲注7)382頁。
- 9) 秋山幹男ほか編『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ[第2版]』221頁(日本評論社・2006)参照。
- 10) 塚原朋一ほか編『新民事訴訟法の理論と実務(上)』375頁(ぎょうせい・1997)。
- 11) 塚原朋一ほか編・前掲注10)375頁。
- 12) 三宅省三ほか編『新民事訴訟法体系-理論と体系-第1巻』261頁(青林書院・1997)。
- 13) 三村量一ほか「知的財産権訴訟における秘密保持命令の運用について」判タ1170号4頁。
- 14) 相手方当事者の秘密保持義務については、塚原朋一ほか編・前掲注10)384頁参照。

### 参考文献

- ・牧野利秋ほか編『新・裁判実務体系22 著作権関係訴訟法』(青林書院・2004年)
- ・齊藤博『著作権法(第3版)』(有斐閣・2007年)
- ・渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ第2版著作権法・意匠法』(有斐閣・2007年)
- ・半田正夫『著作権法概説(第12版)』73頁(法学書院・2005年)
- ・中山信弘「創作性についての基本的な考え方」著作権研究第28号
- ・加戸守行『著作権法逐条解説(5訂新版)』(著作権情報センター・2006年)
- ・牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務第4巻[著作権法・意匠法]』(新日本法規出版株式会社・2007年)
- ・秋山幹男ほか編『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ[第2版]』(日本評論社・2006)
- ・塚原朋一ほか編『新民事訴訟法の理論と実務(上)』(ぎょうせい・1997)
- ・三宅省三ほか編『新民事訴訟法体系-理論と体系-第1巻』(青林書院・1997)

(原稿受領日 2007年9月24日)